

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'assurance responsabilité et protection juridique des mandataires locaux

Barcena-Fernandez, François-Xavier

Published in:
Forum de l'assurance

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Barcena-Fernandez, F-X 2011, 'L'assurance responsabilité et protection juridique des mandataires locaux: un emplâtre sur une jambe de bois ?', *Forum de l'assurance*, p. 97-104.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'assurance responsabilité et protection juridique des mandataires locaux : un emplâtre sur une jambe de bois ?

ASSURANCE R.C.

Les pouvoirs locaux sont tenus de contracter une assurance couvrant la responsabilité civile de leurs différents mandataires. Celle-ci doit dorénavant comprendre une assistance judiciaire pénale, dans la mesure où l'immunité pénale de la province ou de la commune « surexpose » les décideurs locaux à la contestation en matière répressive.

Prolégomènes

1. L'article L1241-3 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après, « Cwadel »¹) stipule que les communes sont tenues de « contracter une assurance visant à couvrir la responsabilité civile, en ce compris l'assistance en justice, qui incombe personnellement au bourgmestre et à l'échevin ou aux échevins dans l'exercice normal de leurs fonctions. Le gouvernement arrête les modalités d'exécution de la présente disposition ».

L'article L2224-3 du Cwadel est, quant à lui, identiquement rédigé, mais prévoit cette obligation pour les provinces.

Publié le 2 juin 2008 au *Moniteur belge*, l'arrêté du 15 mai 2008 du gouvernement wallon et relatif « à l'assurance responsabilité et protection juridique des bourgmestres, des membres des collèges communaux et des membres des collèges provinciaux » entend mettre en œuvre les dispositions précitées².

2. La présente contribution a donc pour objet l'analyse de cet arrêté du 15 mai 2008. Pour ce faire, deux axes nous ont semblé essentiels.

Dans un premier temps, il nous a paru opportun de nous focaliser sur le champ d'application *rationae personae* visé par le texte. En effet, dans ce cas particulier, se poser la question des personnes assurées, c'est également se poser la question des raisons sous-tendant l'adoption de cette réglementation. Nous verrons que celles-ci trouvent essentiellement leur source dans l'immunité pénale dont bénéficient les collectivités publiques, immunité dont la constitutionnalité ne semble pas être la qualité première...

Le deuxième axe, quant à lui, procède d'un examen du champ d'application *rationae materiae* et renvoie en conséquence à l'étude proprement dite du contenu minimal de l'assurance devant être souscrite.

I. Le champ d'application *rationae personae* de l'arrêté du 15 mai 2008

3. Comme nous le verrons ultérieurement (voy. *supra*, n° 12), les personnes devant être assurées sont les bourgmestres, les échevins ou encore les membres du collège provincial. Il convient donc de se demander pourquoi ces mandataires politiques sont expressément visés par l'arrêté du 15 mai 2008.

La raison d'être de cette réglementation se situe dans la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales³. En effet, celle-ci insère dans le Code pénal un nouvel article 5, lequel stipule en son alinéa 1^{er} que « Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte ».

Toutefois, et à titre d'exception, la même loi instaure une immunité pour les personnes morales de droit public en précisant que « L'État fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, [les zones pluricommunales], les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale » ne peuvent pas être considérés comme des personnes morales pénalement responsables.

Il y a là une véritable exonération dont la justification trouve sa source dans le fait que les collectivités publiques visées disposent d'un organe élu selon des règles démocratiques. C'est du moins ce qui ressort des travaux parlementaires et qui expliquerait donc le choix de ce traitement différencié par le législateur⁴.

4. La question de la constitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 n'a pas manqué de se poser très

- 1 Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, *M.B.*, 12 août 2004.
- 2 À noter que le gouvernement flamand a adopté un arrêté similaire en date du 19 janvier 2007 et publié au *Moniteur belge* le 9 février 2007.
- 3 Sur la loi, voy. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e éd., Bruges, la Chartre, 2010, pp. 140-145 ; J. MESSINNE, *Droit pénal*, vol. II, 5^e éd., Bruxelles, P.U.B., 2001, pp. 112-119 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal (aspects juridiques et criminologiques)*, 8^e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 262 et s. ; voy. plus particulièrement L. BIHAIN, « Responsabilité pénale des personnes morales : présentation synthétique », *J.L.M.B.*, 2001, pp. 410-416 (obs.) ; F. DERUYCK, « La loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales », *R.D.C.*, 1999, pp. 653-657 ; M. GOLLIER et F. LAGASSE, « La responsabilité pénale des personnes morales : le point sur la question après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 », *Chron. D.S.*, 1999, pp. 521-529 ; P. HAMER et S. ROMANIELLO, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Diegem, Kluwer, 1999 ; A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, pp. 653-660 ; J. MEESE, « Toelichting bij de Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », in E. BREWAEYS (éd.), *Recente wetgeving 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, pp. 14-21 ; P. TRAEEST, « De Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *T.R.V.*, 1999, pp. 451-489 ; J. MESSINNE, « Propos provisoires sur un texte curieux : la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales », *R.D.P.C.*, 2000, pp. 637-659 ; S. VAN GARSE, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 347-359 ; P. WAETERINCKX, « De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van

de rechtspersonen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1217-1229.

- 4 Développements de la proposition de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. Ce qui est problématique en ce qui concerne les C.P.A.S. par exemple, lesquels ne disposent pas, en principe, d'un organe démocratiquement élu. Ce n'est que par exception (dans une dizaine de communes à facilités) que cela sera le cas. Cela explique pourquoi il était envisagé, tel que cela ressort des développements susmentionnés, d'exclure les C.P.A.S. du champ d'application de l'immunité ainsi conférée. Le législateur s'est néanmoins engagé, de façon bizarre, dans la voie inverse...
- 5 C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, B.7.5., § 2, première phrase.
- 6 *Ibid.*, deuxième phrase.
- 7 *Ibid.*, B.7.6.
- 8 M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle "constitutionnellement correcte" ? », *R.D.P.C.*, 2003, p. 801 ; du même auteur voy. in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, la Charte, 2005, n° 7 à 10, pp. 26-31 et note 17 ; voy. également « La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage », obs. sous C.A., n° 8/2005, 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600-606. Voy. aussi M.-A. DELVAUX, « L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 », *J.D.S.C.*, 2003, p. 267.
- 9 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, pp. 193 et s.
- 10 Sur cette question, voy. à titre illustratif et non exhaustif : F.-X. BARCENA, « Le champ d'application normatif du contrôle de légalité », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution - Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 109-110 ; P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 51-53 ; M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, la Charte, 2001, et plus spécialement les n° 33 et s., 48 et s. et 88 et s. ; B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérences et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, la Charte, Bruxelles, 2007, pp. 17-66.

rapidement. Question à laquelle la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) a répondu dans un arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002 et dans lequel elle « valide » littéralement le dispositif législatif.

Selon la Cour en effet, « Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique »⁵.

Dès lors, « le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique »⁶.

Et de conclure : « Il s'ensuit que, en excluant des personnes morales de droit public du champ d'application de l'article 5 du Code pénal et en limitant cette exclusion à celles qui sont mentionnées à l'alinéa 4 de cet article, le législateur n'a pas accordé à celles-ci une immunité qui serait injustifiée »⁷.

Cette jurisprudence a par la suite été confirmée par les arrêts n° 8/2005 du 12 janvier 2005 et 31/2007 du 21 février 2007, la Cour ne faisant que réitérer, partiellement ou totalement, les considérants précités.

5. Un tel arrêt et, surtout, une telle motivation n'ont pas manqué de susciter plusieurs commentaires acerbes de la part de la doctrine. Laquelle, il est vrai, n'était déjà pas très en phase avec les principes édictés par la loi du 4 mai 1999.

Ainsi pour M. Nihoul, « cette immunité est justifiée par un argument de pure autorité et directement inspiré de la séparation des pouvoirs telle que conçue au dix-neuvième siècle »⁸. L'auteur parle dans ce cas d'une véritable régression, tant il est vrai que la Cour de cassation avait pris soin d'affirmer, dans son célèbre arrêt *La Flandria*⁹ du 5 novembre 1920, les principes tant du contrôle de légalité des actes administratifs par le pouvoir judiciaire que de la sujétion des pouvoirs au droit commun¹⁰. D'autres justifications, telles que le contrôle politique exclusif, la continuité du service public ou encore la perte de confiance en l'autorité ont été avancées, mais aucune ne semble guère convaincante, aux yeux de la doctrine en tout cas¹¹.

6. D'un point de vue « pratique », l'immunité pénale ainsi conférée aux collectivités publiques est lourde de conséquences, surtout pour les mandataires locaux, et plus particulièrement encore pour les bourgmestres et échevins. Il faut en effet se rappeler qu'en tant qu'organe de la commune, et donc représentant direct de celle-ci, la faute de ce dernier est la faute de la commune qu'il représente. Mais cela n'exclut pas qu'en tant qu'organe, il puisse également engager sa responsabilité pénale personnelle. L'on voit facilement poindre la conclusion logique de ces prémisses : à défaut pour la victime de pouvoir poursuivre la collectivité publique du fait de son immunité, c'est le responsable politique qui sera visé¹².

Comme le fait remarquer très justement M. Nihoul, « immuniser la collectivité publique revient en pratique à protéger la collectivité et non l'homme politique lui-même, que l'on expose au contraire davantage à la contestation pénale, en même temps que la fonction, au lieu de lui réserver un contrôle politique »¹³. Bien plus, on peut même estimer que le décideur politique est « surexposé »¹⁴ à la contestation pénale dans la mesure où l'immunité de la collectivité publique le prive de la possibilité d'invoquer la cause d'excuse absolutoire prévue à l'article 5, alinéa 2, du Code pénal. En l'occurrence, peut se prévaloir de cette dernière, lorsqu'une infraction a été commise tant par une personne physique que par une personne morale, celle des deux personnes qui a commis la faute la moins grave et pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence.

Le constat est dès lors patent : les condamnations pénales des bourgmestres et échevins sont depuis plusieurs années en nette augmentation. Il s'agit le plus souvent d'infractions d'imprudence¹⁵, dont la meilleure expression se trouve aux articles 418 à 420 du Code pénal, lesquels répriment les coups et blessures involontaires et l'homicide involontaire. Les cas d'application les plus significatifs sont à chercher dans les accidents de roulage dus au mauvais état de la voirie^{16 17}. Notons également que c'est sur la base des mêmes dispositions que le bourgmestre d'Ath, à la suite de la catastrophe de Ghislenghien, a été inculpé du chef d'homicide involontaire par défaut de prévoyance ou de précaution.

7. On le constate sans peine : un mandataire local peut rapidement être pris dans la tourmente des responsabilités. Dès lors, à quelle(s) sanction(s) pénale(s) s'expose ainsi le mandataire politique ? Si ce dernier voit sa responsabilité engagée, il encourt le même type de sanctions que tout citoyen, à savoir l'emprisonnement ou l'amende.

De surcroît, le même mandataire peut être frappé de peines accessoires spécifiques à sa fonction : la destitution et l'interdiction d'exercer certains droits civils et politiques. Toutefois, il semble raisonnable d'estimer que ces peines ne seront prononcées que dans les cas les plus « extrêmes ». Ainsi, pour rappel, la destitution des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics est prévue par l'article 19 du Code pénal et ne s'applique obligatoirement qu'aux condamnations les plus graves¹⁸. En tout état de cause, elle n'est pas envisageable pour les infractions visées aux articles 418 à 420 du Code pénal. L'interdiction est quant à elle facultative et plus fréquente. Visée aux articles 31 à 34 du Code pénal, elle emporte pour l'homme politique condamné l'impossibilité d'exercer certains droits politiques tels le droit à l'éligibilité ou encore celui de remplir des fonctions, emplois ou offices publics.

8. À ce stade de notre réflexion, il convient dès lors de se demander s'il existe l'une ou l'autre échappatoire s'offrant à l'homme politique, lui permettant d'échapper à sa responsabilité ou, à tout le moins, d'en atténuer les conséquences parfois assez lourdes.

Une chose est sûre : le législateur semblait bien conscient que l'immunité pénale octroyée à la plupart des collectivités publiques du pays serait problématique pour les mandataires locaux, dans la mesure où elle maintenait intact le régime de la responsabilité pénale personnelle de ceux-ci. La loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente¹⁹ entendait résoudre en partie la question et par là même, soulager les appréhensions des mandataires politiques. Elle consistait en l'ajout de trois nouvelles dispositions à la nouvelle loi communale²⁰. Par le truchement de la cinquième réforme de l'État en 2001, la loi provinciale et la nouvelle loi communale sont devenues une compétence régionale, et les trois articles précités font désormais partie intégrante du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

Quelle est leur portée ? Premièrement, en vertu de l'article L1241-1 du Cwadel, « le bourgmestre ou l'échevin qui fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive, peut appeler à la cause la Région ou la commune. La Région ou la commune peut intervenir volontairement²¹. »

Il s'agissait ici de régler un problème de procédure pénale. En effet lorsqu'une action civile venait se greffer sur la procédure répressive, le mandataire local devait répondre seul de cette action devant

les juridictions pénales. Ces dernières s'estimaient incompétentes pour mettre en cause la commune ou l'État, ne fût-ce que civilement, au motif qu'il n'existait tout simplement pas de responsabilité pénale des personnes morales²². L'avancée est incontestable, car si la mise en cause est limitée à l'aspect civil de la procédure, il n'en reste pas moins que « pour se défendre, tant la Région que la commune devront appuyer le mandataire local dans sa défense contre l'infraction²³. »

Deuxièmement, le législateur a instauré un système de responsabilité civile du paiement des amendes pénales dans le chef de la commune. En effet, aux termes de l'article L1241-1 du Cwadel, celle-ci sera « civilement responsable du paiement des amendes auxquelles sont condamnés le bourgmestre et le ou les échevin(s)²⁴. » Ceci appelle plusieurs précisions. Le principe en effet ne vise que les infractions commises par le bourgmestre ou l'échevin dans l'exercice normal de ses fonctions, et pour autant qu'il n'y ait pas récidive. Si tel n'est pas le cas, le mandataire devra supporter seul la charge de l'amende. Ensuite, la commune dispose d'une action récursoire envers ce même mandataire et pourra donc lui réclamer le remboursement de l'amende payée si l'infraction commise est constitutive dans le chef de ce dernier d'un dol, d'une faute lourde ou d'une faute légère présentant un caractère occasionnel.

Dernier rouage du dispositif législatif : l'obligation pour les communes et les provinces de souscrire une assurance visant à couvrir la responsabilité civile des mandataires locaux dans l'exercice normal de leurs fonctions. Un arrêté d'exécution a par ailleurs été adopté le 4 mai 1999²⁵, lequel entendait préciser les modalités de l'assurance devant être souscrite. Bien qu'il s'agisse là d'un « plus » incontestable, le dispositif était affecté d'une lacune : l'assistance en justice prévue par la réglementation concernait uniquement la défense civile. Dès lors qu'un décideur politique était poursuivi pénalement sans que viennent se greffer des réclamations civiles, il ne pouvait prétendre au bénéfice de l'assistance en justice²⁶. C'est précisément cette lacune que vient combler l'arrêté du 15 mai 2008, lequel prévoit expressément que l'assurance souscrite doit dorénavant comprendre une « assistance judiciaire, défense civile et pénale ».

9. À la réflexion, il est opportun de se demander si de tels mécanismes ne constituent pas en réalité des pis-aller. En effet ils ne modifient en rien le principe de la responsabilité pénale personnelle des mandataires locaux lesquels, comme nous l'avons déjà signalé (voy. *supra*, n° 6), sont « surexposés » à la contestation pénale, dans la

- 11 Pour une synthèse complète, voy. M. NIHOUL, « L'immunité pénale... », *op. cit.*, pp. 822-833. Voy. aussi T. DE GENDT, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van burgemeesters en schepenen na de Wet van 4 mei 1999 - Kunnen burgemeesters en schepenen nog steeds beklaagd(e) worden ?*, Bruges, die Keure, 2001, pp. 26 à 46 ; M. FAURE et D. ROEF, « Naar een wettelijke formulering van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon », *R.W.*, 1995-1996, pp. 417 à 432 ; J. OVERATH, M. GERON, C. GHEUR et T. MATRAY, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 85 ; D. ROEF, « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor milieuverontreiniging », *T.M.R.*, 1997, pp. 87-103 ; H. VAN DRIESCHKE, « Evolutie naar de strafrechtelijke (milieu-) aansprakelijkheid van alle publiekrechtelijke rechtspersonen ? », *R.W.*, 1999-2000, pp. 839-840.
- 12 E. MARON, « La responsabilité pénale des bourgmestres et échevins à la lumière de la loi du 4 mai 1999 », *Mouv. comm.*, 2000/2, pp. 121-129 ; M. NIHOUL, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *C.D.P.K.*, 2008, p. 489 ; du même auteur, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou "le cercle des immunités disparues" », *C.D.P.K.*, 2009, pp. 186-187 ; voy. aussi « L'immunité pénale... », *op. cit.*, pp. 813-814. Voy. également la proposition de M. Doomst et crts modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public : *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2007-2008, n° 52-1146/001, p. 4.
- 13 M. NIHOUL, « La protection de l'immunité pénale... », *op. cit.*, p. 606 ; voy. aussi M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale...*, *op. cit.*, p. 29.
- 14 Pour reprendre *expressis verbis* l'expression de M. NIHOUL, « L'immunité pénale... », *op. cit.*, p. 814.
- 15 Il s'agit donc d'une infraction non intentionnelle. Mais il est bien sûr tout à fait envisageable qu'un mandataire local puisse voir sa responsabilité pénale engagée du fait d'une infraction intentionnelle. Celle-ci exige que la personne l'ait commise avec connaissance et volonté. On citera, à titre d'exemple, la corruption, la violation de domicile ou encore les écoutes illégales.
- 16 Voy. par exemple Liège, 26 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 845 et s. : un cycliste aborde un carrefour en croix situé dans une commune rurale. Pour éviter une mare d'eau il braque, mais cette manœuvre provoque sa chute et l'entraîne sous les roues d'un tracteur. Le bourgmestre et l'échevin des travaux virent tant leur responsabilité civile que pénale engagée. Pour un cas d'application plus récent, voy. Cass., 3 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 716 et

s. : il s'agissait en l'espèce de la décision prise par le collège des bourgmestre et échevins d'une commune de placer un ralentisseur de vitesse anormalement dangereux dans une agglomération. La décision ayant été prise à l'unanimité et sans réserve, chaque membre du collège fut condamné du chef de coup et blessures et d'homicide involontaire par imprudence.

- 17 Pour une analyse détaillée de la responsabilité pénale des bourgmestre et échevins, on consultera utilement M. BOVERIE, « La responsabilité pénale du bourgmestre », in *Les missions du bourgmestre*, Union des villes et communes de Wallonie, Bruxelles, 1999, pp. 46-89.
- 18 Réclusion et détention à perpétuité ; réclusion de 20 à 30 ans, de 15 à 20 ans, de 10 à 15 ans, de 5 à 10 ans ; détention de 20 à 30 ans ou de 15 à 20 ans.
- 19 M.B., 27 juillet 1999.
- 20 *Mutatis mutandis*, trois dispositions similaires étaient insérées dans la loi provinciale. Leur portée étant identique, les développements qui suivent sont également applicables aux provinces. Nous nous contenterons donc de reproduire ci-après les dispositions pertinentes à cet égard.
- 21 Pour les provinces, voy. l'article L2224-1 du Cwadel, lequel stipule que « le député provincial qui fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive, peut appeler à la cause la Région ou la province. La Région ou la province peut intervenir volontairement ».
- 22 M. BOVERIE, *op. cit.*, p. 49.
- 23 S. BOLLEN et S. SMOOS, « La responsabilité civile et pénale des communes, de leurs mandataires et de leurs agents », disponible en ligne sur le site de l'Union des villes et communes de Wallonie : www.uvcw.be.
- 24 Le même système est mis place dans le chef des provinces. Voy. à cet égard l'article L2224-2 du Cwadel.
- 25 M.B., 28 juillet 1999.
- 26 A. PIRARD, « L'assurance de la responsabilité », *Mouv. comm.*, 2000/2, p. 133.
- 27 Développements de la proposition de loi relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres et échevins, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, n° 1-987/1, p. 2.
- 28 A. PIRARD, *op. cit.*, p. 133.
- 29 La solution est proposée de manière récurrente par M. NIHOUL, voy. à cet égard « L'immunité pénale... », *op. cit.*, pp. 833-834 ; « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *C.D.P.K.*, 2008, pp. 489-490 ; « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou "le cercle des immunités disparues" », *C.D.P.K.*, 2009, pp. 186-187.

mesure où l'immunité pénale de la plupart des collectivités publiques du pays, d'une part, les empêche de se retrancher derrière la cause d'excuse absolutoire, d'autre part, incite les victimes à poursuivre les décideurs politiques à défaut de pouvoir poursuivre la personne morale de droit public concernée.

Le législateur ne s'en était d'ailleurs pas caché en 1999 puisqu'il entendait maintenir le « régime de la responsabilité du droit commun pour le bourgmestre ou l'échevin en tant qu'organe, tout en préconisant l'aménagement de mécanismes de garanties visant à soulager ces mandataires locaux dont la responsabilité est mise en cause »²⁷.

Il semblerait donc que le recours au mécanisme de l'assurance visée par l'arrêté du 15 mai 2008 soit un emplâtre sur une jambe de bois. Même si le mérite premier de cette dernière est d'assurer au mandataire politique la prise en charge des coûts inhérents au procès pénal (et c'est souvent lors de ce dernier que les frais peuvent être très lourds), il n'en reste pas moins qu'elle est bien en peine de supprimer les inconvénients de poursuites pénales, voire d'une éventuelle condamnation. Dans ces circonstances en effet, le bourgmestre ou l'échevin fait l'objet d'une enquête pénale, il devra venir se justifier devant le tribunal pénal, et si condamnation il y a, celle-ci risque de figurer sur son casier judiciaire ! *In fine*, n'y a-t-il pas là le risque d'un « frein important à l'initiative et à l'innovation dans la gestion communale ainsi qu'un découragement des élus locaux ? »²⁸.

Au final, une solution équilibrée ou « intermédiaire » préconisée par la doctrine pourrait consister en la déclaration de culpabilité sans peine (en tout cas sans amende) à l'encontre de la collectivité publique. Cela aurait le mérite de permettre à l'homme politique d'invoquer la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5 du Code pénal et à la victime d'obtenir plus facilement une réparation sur le plan civil, en raison de l'autorité absolue qui s'attache à la décision pénale²⁹.

II. Le champ d'application *rationae materiae* de l'arrêté du 15 mai 2008

10. Il s'agit d'examiner ici les traits saillants de l'arrêté du 15 mai 2008 au regard des modalités de l'assurance devant être souscrite. S'agissant d'une assurance de responsabilité, la loi du 25 juin

1992 relative au contrat d'assurance terrestre est d'application.

11. En toute logique, l'on s'attendrait à ce que la réglementation en cause nous renseigne clairement quant à l'identité du souscripteur de l'assurance contractée. Le moins que l'on puisse dire est que les intentions de l'exécutif wallon sont quelque peu sibyllines. En effet, ce dernier a cru bon d'indiquer à l'article 1^{er} de l'arrêté que « la commune est tenue de contracter [...] une assurance... ». La commune, et point la province, dont on pourrait déduire en conséquence qu'elle n'est pas concernée par le sujet. L'argument se renforce lorsqu'on constate qu'il n'existe aucune disposition similaire consacrée aux provinces...

Pourtant les provinces sont elles aussi tenues de souscrire une assurance. C'est ce qu'il se déduit de l'intitulé de l'arrêté, de ses visas, de son avant-projet ainsi que des diverses dispositions de l'arrêté faisant référence indirectement³⁰ à cette obligation dans le chef de la province. Ne serait-ce toutefois pas préférable de l'indiquer expressément plutôt que d'obliger le lecteur à diverses circonvolutions intellectuelles en vue de déterminer le contenu que l'intitulé laisse deviner ? Pour peu qu'elle paraisse anodine, cette imprécision va néanmoins rejaillir sur l'ensemble de la réglementation.

Communes et provinces sont donc les souscripteurs du contrat. En cette qualité, ils se voient donc imposer toutes les obligations prescrites par la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, que ce soit à la formation du contrat ou au cours de son exécution. Il s'agit, pour l'essentiel :

- du paiement de la prime³¹ ;
- de la déclaration en cours de contrat des circonstances nouvelles pouvant aggraver le risque³² ;
- de la déclaration du sinistre³³.

12. Une fois la question du souscripteur évacuée, il s'agissait de se poser la question des personnes assurées. Dans le cadre de l'assurance souscrite par la commune il s'agira du bourgmestre et des membres du collège communal, à savoir les échevins et les présidents de C.P.A.S. « en raison de leur qualité de membre du collège communal ». Quant à l'assurance devant être souscrite par les provinces, les assurés seront dans ce cadre les membres du collège provincial.

D'une telle formulation, il est facile d'en induire que les fonctionnaires communaux ou provinciaux sont pour leur part exclus du champ d'application de la réglementation. Rappelons

qu'en ce qui concerne ces derniers, la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques³⁴ apporte de profonds changements quant à la question de la responsabilité civile des fonctionnaires en alignant les principes applicables aux agents des services publics sur ceux qui s'appliquent aux travailleurs salariés³⁵. Précisons toutefois que cette législation ne concerne que la responsabilité civile des fonctionnaires, et qu'en conséquence elle ne modifie en rien le régime de la responsabilité pénale. Il est donc tout à fait envisageable qu'un agent voie cette dernière engagée alors que sa responsabilité civile personnelle sera écartée³⁶.

13. Enfin, le même article 1^{er} nous renseigne sur la notion de tiers. L'expression est en principe réservée à la personne lésée susceptible d'être indemnisée en vertu d'une police d'assurance responsabilité. Elle s'explique par le fait « qu'il s'agit d'une personne extérieure au contrat, par opposition au preneur d'assurance, qui l'a souscrit, et aux assurés, dont la responsabilité est garantie »³⁷. Dans le cadre de cette assurance responsabilité devant être souscrite par la province ou la commune, seront considérées comme tiers toutes les personnes physiques ou morales autres que le bourgmestre, l'échevin ou les membres du collège provincial. Il est précisé que les assurés sont considérés comme tiers entre eux³⁸.

14. Comme le soulignent très justement S. Bollen et S. Smoos³⁹, « il n'est pas question de couvrir tout comportement fautif du bourgmestre ou du membre du collège communal [ainsi que du membre du collège provincial] ». L'assurance contractée doit couvrir la responsabilité civile qui leur incombe personnellement dans l'exercice normal de leurs fonctions.

Le problème est que ni le législateur fédéral en 1999, ni le législateur wallon par la suite n'ont pris soin de définir ce qu'il faut entendre par « l'exercice normal de leurs fonctions ».

Il nous appartient donc de nous interroger sur la signification de cette expression et, à cet égard, les travaux parlementaires de la loi du 4 mai 1999 sont à même de nous fournir des précieuses indications. Il y est en effet affirmé que la loi vise le mandataire local « qui agit dans les limites de ses attributions légales en homme raisonnable et prudent. Par contre l'élui qui détourne de l'argent public, qui falsifie des documents, sort de ses attributions. L'infraction commise ne se rattache nullement au cadre de ses fonctions [...] »⁴⁰.

Comme telle, cette affirmation n'est guère convaincante. Si l'on conçoit aisément que le mandataire public qui détourne des fonds n'agit certainement pas dans le cadre normal de ses fonctions, le recours au critère de l'homme normalement prudent et diligent doit par contre être rejeté⁴¹. En effet, si l'on considère, par exemple, que la responsabilité pénale du mandataire est retenue, cela signifie *a minima* qu'il ne s'est pas conformé au devoir général de prudence. Qu'en d'autres termes il ne s'est pas comporté en homme raisonnable et prudent. Une telle interprétation, *ad litteram*, pourrait en définitive avoir pour conséquence d'exclure le mandataire en question de la couverture de l'assurance.

Ayant relevé l'insuffisance du critère de l'homme normalement prudent et diligent, il nous faut en conséquence en trouver un autre. E. Maron⁴² propose pour sa part de se référer aux critères utilisés habituellement en matière civile pour déterminer si la faute commise par un agent public engage directement la responsabilité de la collectivité publique qu'il représente. Cela suppose que l'agent ait la qualité d'organe.

Rappelons qu'un fait n'est accompli en qualité d'organe que pour autant qu'il consiste en « l'exécution fautive ou dolosive d'un acte qu'en raison de ses fonctions propres, l'agent avait le pouvoir ou le devoir d'accomplir »⁴³. En d'autres termes, cela signifie que la faute doit être purement fonctionnelle, « c'est-à-dire s'être produite dans l'exercice de ses fonctions, et non simplement à l'occasion ou au cours de celles-ci »⁴⁴. Cette argumentation est beaucoup plus satisfaisante que la précédente. On conçoit en effet sans peine que le bourgmestre qui se livre à des opérations de détournement de fonds agit en dehors du cadre de ses fonctions, tandis que s'il se rend coupable d'un simple délit d'imprudence, il reste dans « l'exercice normal de ses fonctions » bien que ne s'étant pas comporté en homme normalement prudent et diligent.

On comprend dès lors mieux pourquoi l'arrêté du 15 mai 2008 précise en son article 1^{er}, alinéa 2, que « Les fonctions visées à l'alinéa 1^{er} sont celles découlant d'une loi ou d'un décret et qui incombent aux bourgmestres, échevins et présidents de C.P.A.S. en raison de leur qualité de membre du collège communal ».

15. L'article 2 de l'arrêté du 15 mai 2008 stipule que l'assurance souscrite doit comprendre une « assistance judiciaire, défense civile et pénale ». Il précise en outre le contenu de cette assistance. Doivent donc être remboursés, les honoraires d'avocat et d'expert ainsi que les frais d'enquête, d'expertise et de procédure consécutifs à toute

30 Voy. l'article 1^{er}, alinéa 4, qui précise « Dans le cadre de l'assurance visée à l'article L2224-3... » ou encore l'article 2, lequel stipule « L'assurance souscrite par la commune ou la province... ».

31 Article 13 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

32 Article 26 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

33 Article 19 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

34 M.B., 27 février 2003. Pour un commentaire de cette loi, voy. L. KERZMAN, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des agents des services publics », R.G.A.R., 2004, n° 13877.

35 Jusqu'à l'adoption de cette loi, les agents contractuels bénéficiaient de l'exonération de responsabilité visée à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 et ne répondaient donc que de leur dol, leur faute lourde ou leur faute légère, mais présentant un caractère habituel. À l'inverse, la responsabilité civile des fonctionnaires statutaires pouvait être engagée pour toute faute, si légère soit-elle. Voy. à ce sujet H. BOCKEN, « De aansprakelijkheid van en voor het overheidspersoneel », N.j.W., 2003, pp. 330-335 ; D. DEOM, « La responsabilité civile des fonctionnaires : une page se tourne », Rev. dr. comm., 2003/3, pp. 8-29 ; B. DUBUISSON, « La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents », J.T., 2003, pp. 507-512.

36 Voy. les différents exemples cités par D. DEOM, *op. cit.*, p. 12.

37 H. DE RODE, « Les assurances de responsabilité », in X, *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, titre VII, livre 70, vol. I, Bruxelles, Kluwer, p. 14.

38 Comp. avec l'arrêté royal du 4 mai 1999, pour qui étaient considérées comme tiers toutes les « personnes physiques ou morales autres que la commune ».

39 S. BOLLEN et S. SMOOS, *op. cit.*, p. 9.

40 Ann. parl., Sénat, 16 juillet 1998, p. 6113.

41 E. MARON, *op. cit.*, p. 126.

42 Ibid.

43 Cass., 31 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 117 ; Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 216. Voy. également Cass., 31 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 619.

44 R. VAN MELSEN, « La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination », C.D.P.K., 2007, n° spécial dixième anniversaire, p. 165.

procédure intentée à l'encontre des assurés, que ce soit devant une juridiction belge ou étrangère. Notons qu'en ce qui concerne l'assistance en justice la couverture ne peut être inférieure à 25.000 €.

16. Quels sont les dommages garantis ? Il faut ici faire une lecture combinée des articles 3, 4 et 5 de l'arrêté du 15 mai 2008. Il semble que soient visés tous les types de dommages susceptibles d'être subis : dommages corporels, dommages matériels (dommages aux biens) ainsi que les dommages immatériels. Dans les deux premiers cas, la couverture ne peut être inférieure à 500.000 €, dommages confondus. Pour les dommages immatériels seuls, la couverture ne peut être inférieure à 500.000 €.

L'article 3, pour sa part, précise que la garantie ne peut pas être limitée aux dommages dont la survenance est accidentelle. En effet, « le marché propose certaines polices qui n'interviennent qu'en cas d'événement accidentel, laissant hors couverture les dommages non accidentels »⁴⁵. Et l'auteur de citer l'exemple d'une erreur dans la rédaction d'un acte d'état civil qui prive le citoyen d'un ou plusieurs avantages. Dans ce cas, ce dernier subit un dommage n'ayant aucun caractère soudain... D'où l'importance de ne pas limiter l'application du contrat d'assurance aux seuls dommages accidentels.

Remarquons enfin qu'en vertu de l'article 4 de l'arrêté, la responsabilité civile résultant d'un dommage couvert par l'assurance automobile obligatoire n'entre pas dans le champ d'application de la réglementation en cause.

17. Enfin deux dispositions méritent encore notre attention. La première, l'article 5 de l'arrêté, prévoit que « la garantie visée à l'article 1^{er} doit [...] être accordée pour chaque sinistre quelle qu'en soit la fréquence ». Il s'agit en l'espèce d'éviter que l'assureur ne décline sa garantie au cas de répétition des sinistres. Il faut toutefois faire ici le lien avec la définition même du contrat d'assurance, lequel suppose invariablement la survenance d'un événement incertain pour déclencher la garantie de l'assureur. Or la répétition d'un sinistre n'est pas nécessairement de nature à faire disparaître l'aléa. A. Pirard cite à ce propos deux exemples éclairants⁴⁶ : dans un premier cas, si une juridiction venait à estimer fautif l'endroit du réseau routier où sont placées des chicanes, le fait pour le collège de décider de placer ces mêmes chicanes à un autre endroit qui serait à son tour jugé fautif ne fait pas disparaître l'aléa et implique donc l'intervention de l'assureur. À l'inverse, « si un permis de bâtir est accordé en violation de certaines dispositions et fait l'objet

d'une annulation, la délivrance d'un permis identique pour une nouvelle construction fait [...] disparaître la notion d'aléa »⁴⁷.

De son côté l'article 6 de l'arrêté stipule que « la couverture doit revêtir un caractère permanent dans le chef des bénéficiaires de la police souscrite ». Une telle disposition entend prohiber toute interruption de garantie, ce qui implique l'obligation, pour la commune ou la province, de payer les primes à heures et à temps.

Conclusion

18. Même si le principe de leur responsabilité pénale individuelle est maintenu, les mandataires locaux devraient être quelque peu rassurés, dans la mesure où les conséquences financières s'attachant à la mise en cause de leur responsabilité civile ou pénale sont dorénavant prises en charge par une assurance.

L'impact financier est estimé par le gouvernement wallon à environ 200.000 € pour l'ensemble des communes wallonnes, les primes variant de 325 € pour les communes de moins de 5.000 habitants à 4.250 € pour les communes de plus de 200.000 habitants.

In fine, la résolution du problème passe par la modification de la loi du 4 mai 1999, par exemple en supprimant les communes de l'énumération de l'article 5, alinéa 4⁴⁸. Une autre piste déjà évoquée (voy. *supra*, n° 9) serait la déclaration de culpabilité sans peine, solution équilibrée qui aurait le bon ton de « mieux ménager la chèvre et le chou »⁴⁹. Dans les deux cas toutefois, une intervention du législateur fédéral est nécessaire.

En effet, s'il semble normal qu'un État de droit doive « permettre aux citoyens de s'adresser au juge dès lors qu'ils sont victimes d'un acte culpeux de la puissance publique. Il ne faudrait pas, cependant, passer d'un régime abusivement favorable à l'autorité à un système qui, au contraire, permettrait sans cesse de remettre en cause les agissements de cette dernière sous le moindre prétexte »⁵⁰.

François-Xavier BÂRCENA
Assistant aux F.U.N.D.P. Namur
Membre du centre de recherches Projucit
Chargé d'enseignement à la Haute École
Francisco Ferrer et à la Haute École de Namur

45 A. PIRARD, *op. cit.*, p. 133.

46 *Ibid.*, p. 134.

47 *Ibid.*, p. 134.

48 Plusieurs propositions de loi vont dans ce sens, voy. par exemple la proposition de loi de M. Doomst et crts, déjà citée à la note 12.

49 Pour reprendre l'expression de M. NIHOUL, « L'immunité pénale... », *op. cit.*, p. 833.

50 E. MARON, *op. cit.*, p. 122.